

## ***A PROTEÇÃO DA CRIANÇA E A CONVENÇÃO DA HAIA DE 1980\****

---

**FRANCISCO CLÁUDIO DE ALMEIDA SANTOS\*\***

*Ministro aposentado do Superior  
Tribunal de Justiça, Advogado*

O reconhecimento, no âmbito internacional, de ter a criança necessidade de uma proteção e cuidados especiais, nomeadamente de proteção jurídica diferenciada e adequada, desde o seu nascimento, em razão de sua falta de maturidade física e intelectual, é preocupação do direito, a partir do século passado.

Aquelas carências foram proclamadas na Declaração de Genebra dos Direitos da Criança de 1924, aprovada pela assembléia da então existente Liga das Nações, no que tange aos meios para seu desenvolvimento normal, à alimentação, à amamentação, à preferência para receber ajuda em momentos de angústia, ao ganho para sua subsistência e à proteção contra toda forma de exploração, independentemente de raça, nacionalidade ou religião. A criança delinqüente deveria ser recuperada e o órfão protegido. Estas necessidades foram reconhecidas na Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, onde, em seu art. XXV, 2, foi sumariamente declarado que *a maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.*

Quanto à criança, o primeiro ato proclamado pela Resolução da Assembléia Geral da ONU, criada em 1945, foi a Declaração dos Direitos da Criança de 1959, que, relembrando a declaração de Genebra de 1924, e considerando que a Humanidade era devedora à criança do melhor de seus esforços, elaborou um elenco de 10 princípios, com vistas

---

\* Palestra proferida na abertura do III Congresso Paulista de Direito de Família do IBDFAM-SP, em 27.08.2009.

a proporcionar ao ser humano tutelado uma infância feliz e o gozo dos direitos e liberdades definidos naqueles princípios, assim como para chamar a atenção dos pais, das organizações, das autoridades e dos governos para o reconhecimento daqueles direitos. Nada mais, porém, do que uma simples declaração de princípios.

Em 1969, foi aprovada em nosso continente a Convenção Americana de Direitos Humanos (Decreto 678/1992), conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, em cujo artigo 19 está inscrita a recomendação de que “toda criança tem direito às medidas de proteção que sua condição de menor requer, por parte da família, da sociedade e do Estado”.

Finalmente em 1989, surgiu o instrumento, na ordem internacional, mais importante para a garantia dos direitos da criança, através da Convenção sobre os Direitos da Criança, documento aprovado unanimemente pela Assembléia Geral da ONU, após dez anos de trabalho de um grupo criado por ocasião das comemorações do Ano Internacional da Criança.

Assim, somente quase no final do Século XX os trabalhos das Nações Unidas foram coroados de êxito, com a aprovação da **Convenção sobre os Direitos da Criança**, em vigor no cenário internacional a partir de setembro de 1990, e, entre nós, a partir de outubro do mesmo ano, conforme consta no preâmbulo do Decreto 99.710/1990, que promulgou a Convenção.

A Convenção destaca os quatro direitos fundamentais da criança, isto é, à sua sobrevivência, ao seu desenvolvimento, à sua defesa contra todas as formas de exploração e à sua participação na família e na sociedade, assim como o direito à sua proteção integral, às suas prioridades, o princípio de seu interesse maior (ou o melhor interesse) e o direito à convivência familiar, impondo aos Estados Partes o respeito aos direitos enunciados nesta Convenção e a adoção de medidas legislativas,

administrativas e de outra índole com vistas à implementação dos direitos reconhecidos na mesma Convenção, consoante comentários feitos pela douta advogada Tânia da Silva Pereira em artigo intitulado *A Convenção sobre os direitos da Criança (ONU) e a proteção da infância e adolescência no Brasil* (RDC, vol. 60, abril-junho/1992).

Encontram-se nesta Convenção, a respeito das relações familiares da criança e da segurança quanto a sua transferência de um Estado Parte para outro, na companhia dos pais ou de um deles, algumas disposições que, como corolários do princípio do melhor interesse da criança, examinaremos. E a propósito desta expressão, em seu texto original em inglês a Convenção dispõe sobre *the best interests*; a expressão foi traduzida, em alguns países, como interesse superior ou interesse maior, como figura no texto em português do Brasil; porém, como observa ainda a citada advogada (*O Melhor Interesse da Criança; um debate Interdisciplinar*, Rio de Janeiro, Renovar, 2000, p. 6), o conceito qualitativo – melhor interesse – deve ter nossa preferência, conforme orientação constitucional e infraconstitucional adotada pelo sistema jurídico brasileiro.

Em seu art. 9º, dispõe a Convenção que os Estados Partes deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando, sujeita à revisão judicial, as autoridades competentes determinarem, em conformidade com a lei e os procedimentos legais cabíveis, *que tal separação é necessária ao interesse maior da criança, ou seja, o melhor interesse da criança*. Tal determinação pode ser necessária em casos de maus tratos ou descuido impostos a criança por parte de seus pais ou quando estes vivem separados e uma decisão deve ser tomada a respeito do local da residência da criança, principalmente, quando os pais da criança residirem em países diversos.

Continuando, o artigo dispõe que os Estados respeitarão o direito da criança manter regularmente relações pessoais e contato direto

com ambos pais, *ao menos que isso seja contrário ao melhor interesse (maior) da criança* (sempre é o melhor interesse (maior) da criança o princípio regente da decisão).

A privilegiar a livre circulação da criança, o art. 10, estabelece que toda solicitação apresentada por uma criança, ou por seus pais, para ingressar ou sair de um Estado Parte com vista à reunião da família, deverá ser atendida de forma positiva, humanitária e rápida, e ainda assegura à criança cujos pais residam em Estados diferentes o direito de manter, periodicamente, relações pessoais e contato direto com ambos, exceto em circunstâncias especiais.

Finalmente, o art. 11 determina que os Estados Partes adotarão medidas a fim de lutar contra a transferência ilegal de crianças para o exterior e a retenção ilícita das mesmas fora do país.

No decêndio em que eram feitos os estudos que resultaram nesta Convenção, em outro fórum internacional, mais propriamente na Holanda, país sede da Conferência da Haia para o Direito Internacional Privado, veio a surgir importante e controvertido ato denominado **Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças**, datado de 25 de outubro de 1980 e que entrou em vigor internacional no dia 1º de dezembro de 1983, promulgado no Brasil através do Decreto 3.413, de 14 de abril de 2000.

Alguns anos antes, entre nós, havia sido recepcionado ato equivalente de âmbito limitado às Américas, a **Convenção Interamericana sobre a Restituição Internacional de Menores**, adotada por ocasião da IV CIDIP, em Montevideu, em 15 de julho de 1989, e promulgada conforme Decreto 1.212, de 03 de agosto de 1994.

Uma primeira observação que gostaríamos de deixar registrada à Convenção da Haia diz respeito ao seu título, aceito no Brasil, que adotou a tradução da própria Convenção, especialmente quanto ao

vocábulo “sequestro” (na versão em inglês utilizou-se o termo “*abduction*”, que significa o traslado ilícito de uma pessoa para outro país, mediante força ou fraude; em francês, a palavra usada foi “*enlèvement*”, que quer dizer retirada ou remoção; em espanhol, o vocábulo utilizado foi “*sustracción*”, que quer dizer subtração; e em português de Portugal a palavra adotada foi “rapto”). O vocábulo sequestro, em nosso direito interno, corresponde à figura penal que denomina o ato de privar-se alguém de sua liberdade, seja de se locomover, seja de se comunicar, ou a uma medida processual sobre determinado bem, destinada a conservar os direitos dos litigantes.

Causa pois um certo desconforto a palavra sequestro de criança, no Brasil, para os pais envolvidos e mesmo para os atuantes no campo jurídico. A Convenção Interamericana foi mais feliz ao focalizar o direito de restituição da criança que tenha sido transportada ou retida ilegalmente. No Supremo Tribunal Federal, em seu sítio, o assunto é tratado como “repatriação de criança ou adolescente”.

Antes de prosseguir, esclarecemos que, para efeito da Convenção sobre os Direitos da Criança, é considerada como tal todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, salvo se em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes (art. 1º); a aplicação da Convenção da Haia de 1980, entretanto, cessa quando a criança alcançar a idade de dezesseis anos; e, para completar essa observação, no nosso ECA, considera-se criança a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

A Convenção da Haia de 1980, como assim a chamaremos daqui por diante, encontra-se na série de um elenco de convenções de proteção da criança, área, conforme Jacob Dollinger (*A criança no Direito Internacional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 119), de que mais se ocupou a Conferência Permanente de Direito Internacional Privado da

Haia. Efetivamente, além das convenções de que se cuida e outras sobre alimentos e adoção, a Conferência aprovou, em 1902, uma Convenção para regular a Tutela de Menores; em 1961, outra, sobre a Competência das Autoridades e a Lei Aplicável em Matéria de Proteção de Menores e, finalmente, em 1996, a Convenção sobre Jurisdição, Lei Aplicável, Reconhecimento, Execução e Cooperação com Relação à Responsabilidade Paternal e Medidas para Proteção de Crianças. Fixemo-nos, apenas, na Convenção da Haia de 1980.

Esta Conferência, segundo informe explicativo de Elisa Pérez-Vera (magistrada e professora espanhola), relatora da convenção (<http://hech.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf>), em seus trabalhos preparatórios, percebeu a tensão existente entre o desejo de amparar as situações de fato alteradas pelo traslado ou a retenção ilícitos de uma criança e a preocupação de respeitar as relações jurídicas sobre as quais podem repousar tais situações. Neste sentido, pondera a relatora, o equilíbrio consagrado pela Convenção é bastante frágil. E explica que a Convenção não se refere ao fundo do direito de guarda, mas resulta evidente que o fato de qualificar de ilícito o traslado ou a retenção da criança está condicionado à existência de um direito de guarda que dá um conteúdo jurídico à situação modificada pelas ações que se pretende evitar.

Pondera, ainda, a relatora que o problema abordado pela Convenção da Haia, adquire grande importância pela possibilidade que tem os particulares de estabelecer vínculos, mais ou menos artificiais (são palavras dela), de competência judicial. Com efeito, acentua, por esse caminho o particular pode alterar a lei aplicável e obter uma decisão judicial que lhe seja favorável.

Devemos lembrar que a Convenção da Haia de que cuidamos é uma convenção de direito internacional privado, em que, para impedir que o autor da subtração da criança legalize através das autoridades

competentes do Estado de refúgio aquela situação fática, consagra, em primeiro lugar, entre seus objetivos o restabelecimento do *statu quo*, através da restituição imediata da criança.

Dai o disposto no art. 1º da Convenção da Haia:

A presente Convenção tem por objetivo:

- a) assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele retidas indevidamente;
- b) fazer respeitar de maneira efetiva nos outros Estados Contratantes os direitos de guarda e de visita existentes num Estado Contratante.

Esta é a grande dificuldade de aplicação desta Convenção, por conta sobretudo das diversidades culturais e das desigualdades sociais e econômicas.

Aquele objetivo, ou seja o retorno imediato da criança propicia a eleição, ainda que indireta, do juízo da residência habitual da criança para decidir definitivamente sobre a sua guarda, o que pode contrariar, inclusive, um dos princípios que se encontra em seu preâmbulo, qual seja o interesse da criança, que não é outro senão o melhor interesse da criança, segundo dispõe a Convenção da ONU de 1989, sobre os direitos da criança, e o nosso direito interno.

Jacob Dollinger observa que esta Convenção, diversamente de outras oriundas do mesmo organismo, não é um instrumento que indica a lei aplicável, também não versa o reconhecimento e execução de decisões judiciais de outros Estados-membros da Conferência, como acontece com algumas outras convenções da Haia, nem tampouco cuida da cooperação do Judiciário de um Estado-membro contratante para com o Judiciário de outro, para a execução de determinada diligência processual como é o caso de outras convenções aprovadas pela mesma Conferência. Trata-se, conclui o mestre,

de uma convenção que organizou um sistema de cooperação processual, para uma finalidade específica, em que as autoridades de duas jurisdições mantêm uma coordenação de caráter permanente, por meio de suas Autoridades Centrais, que são solicitadas a colaborar sempre que venha a ocorrer um deslocamento ou uma manutenção transfronteiriça ilegais de uma criança. (ob. cit, ps. 244/245).

Não nos parece, entretanto, que se deva aplicar literalmente a convenção da Haia de 1980, ainda que a parte dispositiva do convênio não contenha nenhuma referência explícita ao melhor interesse da criança como critério orientador do objetivo convencional. Aliás, como reconhece a própria relatora da convenção, na exposição antes citada, não cabe, todavia, deduzir deste silêncio que a Convenção ignore o paradigma social que proclama a necessidade de ter em conta o “interesse dos menores” para resolver todos os problemas que os afetam.

Observamos que a relatora se reporta ao princípio do melhor interesse da criança simplesmente como interesse da criança, sem qualquer qualificativo, antes tendo manifestado seu entendimento de que esta “norma jurídica” é de tal imprecisão que mais parece um paradigma social do que uma norma jurídica concreta, porém, é importante destacar que, após a Convenção da ONU sobre os direitos da criança, entre nós e em boa parte do mundo moderno, se trata mais do que uma norma, cuida-se de um princípio jurídico que orienta tanto a legislação quanto a jurisprudência dos tribunais.

De qualquer forma, a Convenção da Haia de 1980 contém exceções, que não podemos deixar de apreciar. Antes porém, para melhor entendimento das dificuldades que o ato internacional apresenta, vejamos em que condições a transferência ou a retenção de uma criança é considerada ilícita. Estabelece o art. 3º da Convenção que as hipóteses de ilicitude são as seguintes:

a) tenha havido violação a direito de guarda atribuído a pessoa ou a instituição ou a qualquer outro organismo,



individual ou conjuntamente, pela Lei do Estado onde a criança tivesse sua residência habitual imediatamente antes de sua transferência ou da sua retenção; e

b) esse direito estivesse sendo exercido de maneira efetiva, individual ou em conjuntamente, no momento da transferência ou da retenção, ou devesse está-lo sendo se tais acontecimentos não tivessem ocorrido.

E, finalmente:

“O direito de guarda referido na alínea a) pode resultar de uma atribuição de pleno direito, de uma decisão judicial ou administrativa ou de um acordo vigente segundo o direito desse Estado.” (o Estado onde a criança tivesse sua residência habitual, entenda-se).

Agora as exceções: a primeira delas, em relação à obrigação do País refúgio (normalmente o da nacionalidade de um dos pais, autor da retirada da criança de sua residência anterior) de determinar o retorno da criança, é a que enseja a prova da adaptação da criança no novo ambiente, após um ano de sua subtração, prevista no art. 12 da Convenção.

Prosseguindo, encontramos no art. 13 da Convenção as demais exceções à devolução da criança. Assim dispõe este artigo:

Art. 13 – Sem prejuízo das disposições contidas no artigo anterior, a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido não é obrigada a ordenar o retorno da criança se a pessoa, instituição ou organismo que se oponha a seu retorno provar:

a) que a pessoa, instituição ou organismo que tenha a seu cuidado a pessoa da criança não exercia efetivamente o direito de guarda na época da transferência ou da retenção, ou que havia consentido ou concordado posteriormente com esta transferência ou retenção; ou

b) que existe um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável.

A autoridade judicial ou administrativa pode também recusar-se a ordenar o retorno da criança se verificar que esta se opõe a ele e que a criança atingiu já idade e grau de maturidade tais que seja apropriado levar em consideração as suas opiniões sobre o assunto.

Ao apreciar as circunstâncias referidas neste artigo, as autoridades judiciais ou administrativas deverão tomar em consideração as informações relativas a situação social da criança fornecidas pela Autoridade Central ou por qualquer outra autoridade competente do Estado de residência habitual da criança.

Esta é outra das disposições polêmicas da Convenção e que tem sido objeto de inúmeras discussões em seminários internacionais, sem que tenha sido possível chegar-se a uma interpretação harmônica.

Encontramos, ainda, na Convenção da Haia de 1980, o art. 20, que segundo os exegetas deve ser aplicado com os devidos cuidados. A norma tem esta redação:

O retorno da criança de acordo com as disposições contidas no artigo 12º poderá ser recusado quando não for compatível com os princípios fundamentais do Estado requerido com relação à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

Tais exceções, por óbvio, devem sempre ser acolhidas se presente o princípio do melhor interesse da criança, pois dele não passam de corolários, ainda que cronologicamente antecedam a este, consagrado definitivamente na Convenção da ONU sobre os direitos da criança. Entre nós, constitui direito fundamental, protegido pela Constituição, em seu art. 227, o princípio da proteção do melhor interesse da criança. “Seu efeito irradiador”, acentua a Professora Nadia de Araujo (*Direito Internacional Privado Teoria e Prática Brasileira*, 4ª Ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p. 525),

atinge todo o sistema jurídico nacional, tornando-se o vetor axiológico a ser seguido quando postos em causa os interesses da criança. Sua penetração no ordenamento jurídico tem o efeito de condicionar a interpretação das normas legais. Por isso, na aplicação da Convenção, o

magistrado precisa ter em mente a aplicação do princípio de forma ampla, como aliás ocorre em diversos setores da normativa jurídica,

conclui.

Por outro lado, as diversidades culturais não podem deixar de ser avaliadas. O Direito Internacional Privado não é mais um mero conjunto de regras clássicas de conflito de leis. Há que se combinar o método conflitual tradicional com as modernas tendências que permitem um método de escolha da lei aplicável do ponto de vista do objetivo a ser alcançado, sob os influxos dos valores constitucionais, sobretudo dos direitos humanos.

Poderíamos encerrar aqui nossas considerações, pois não seria nosso propósito esgotar nesta breve exposição uma apreciação completa sobre tão complexa convenção internacional, mas gostaríamos de, antes de terminar, submeter à reflexão dos participantes deste importante encontro estadual do IBDFAM duas últimas questões diretamente ou indiretamente ligadas ao problema central de nossas considerações.

Uma delas diz respeito à posição recente do Supremo Tribunal Federal de reposicionar os tratados e convenções que versam sobre direitos humanos em plano de destaque no direito positivo brasileiro.

Sabemos que, influenciada pelo Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência brasileira sempre se manifestou no sentido de que o tratado internacional situa-se formalmente no mesmo nível hierárquico da lei, a ela se equiparando, de tal sorte que a prevalência de um ou outra regula-se pela sucessão no tempo. Assim, em princípio, uma lei interna posterior poderá revogar ou modificar um tratado em vigor.

A Constituição de 1988 trouxe uma inovação ao prescrever que os direitos e garantias nela expressos em seu art. 5º não excluem

outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte (§ 2º do art. 5º).

A Corte Suprema, entretanto, não conferiu aos tratados internacionais o estado que a Constituição lhes deu. É o entendimento que se encontra claramente expresso na decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, a decidir o RE 465.814, em data de 19 de dezembro de 2005, *in verbis*:

O acórdão ora impugnado **diverge**, frontalmente, da orientação jurisprudencial firmada pelo **Plenário** do Supremo Tribunal Federal, que, em **dois** julgamentos sobre a matéria ora em exame (**HC 72.131/RJ**, Rel. p/ o acórdão Min. MOREIRA ALVES, e **RE 206.482/SP**, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA), **decidiu que se reveste de plena legitimidade constitucional** o diploma legislativo (DL nº 911/69) **que autoriza** a prisão civil do devedor fiduciante, **se** este, **sem justa causa**, deixa de entregar, ao credor, o bem alienado fiduciariamente em garantia **ou**, então, a importância equivalente em dinheiro.

**Cabe assinalar**, por necessário, que esse entendimento jurisprudencial **tem sido reafirmado** por **ambas** as Turmas do Supremo Tribunal Federal (**RTJ 163/312**, Rel. Min. MOREIRA ALVES - **RTJ 164/213**, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA - **HC 74.798/MG**, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - **HC 74.875/SP**, Rel. Min. SYDNEY SANCHES - **RE 206.086/SP**, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - **RE 230.624/PR**, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA - **RE 285.047/RJ**, Rel. p/ o acórdão Min. NELSON JOBIM), cujas decisões **ênfatizam** que a prisão civil do devedor fiduciante **não transgredir** a Constituição da República, **nem ofende** o sistema de proteção **instituído** pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

Essa **mesma** orientação **vem sendo reiterada** em julgamentos efetuados pela Colenda **Segunda Turma** do Supremo Tribunal Federal:

**LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR FIDUCIANTE.**

- A **prisão civil** do devedor fiduciante, nas condições em que prevista pelo DL nº 911/69, **reveste-se** de plena legitimidade constitucional e **não transgredir** o sistema de

proteção instituído pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). **Precedentes.**

**OS TRATADOS INTERNACIONAIS, NECESSARIAMENTE SUBORDINADOS À AUTORIDADE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, NÃO PODEM LEGITIMAR INTERPRETAÇÕES QUE RESTRINJAM A EFICÁCIA JURÍDICA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.**

- A **possibilidade jurídica** de o Congresso Nacional instituir a prisão civil **também** no caso de infidelidade depositária **encontra** fundamento na **própria** Constituição da República (art. 5º, LXVII). A **autoridade hierárquico-normativa** da Lei Fundamental do Estado, considerada a **supremacia absoluta** de que se reveste o estatuto político brasileiro, **não se expõe**, no plano de sua eficácia e aplicabilidade, a **restrições** ou a **mecanismos de limitação** fixados em sede de tratados internacionais, como o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos).

A ordem constitucional vigente no Brasil - que confere ao Poder Legislativo **explícita** autorização para disciplinar e instituir a prisão civil relativamente ao **depositário infiel** (art. 5º, LXVII) - **não pode** sofrer interpretação que conduza ao reconhecimento de que o Estado brasileiro, **mediante tratado ou convenção internacional**, ter-se-ia interditado a prerrogativa de exercer, **no plano interno**, a competência institucional que lhe foi outorgada, **expressamente**, pela própria Constituição da República.

Os tratados e convenções internacionais **não podem** transgredir a **normatividade subordinante** da Constituição da República e **nem dispõem** de força normativa para restringir a eficácia jurídica das cláusulas constitucionais e dos preceitos inscritos no texto da Lei Fundamental. **Precedente: ADI 1.480-DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.

(RTJ 174/335-336, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

**Nem se diga**, finalmente, que, **após** a sua incorporação ao sistema de direito positivo interno do Brasil, o Pacto de São José da Costa Rica - por **não** prever a possibilidade de decretação da prisão civil do depositário infiel (**Art. 7º, n. 7**) - **teria** derogado, tacitamente, a legislação ordinária brasileira, no ponto em que esta, nos casos de infidelidade depositária, **admite** a utilização desse meio extraordinário de coerção processual.

**É que** - tal como **decidiu** a Colenda **Primeira Turma** do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do **HC 79.870/SP**, Rel. Min. MOREIRA ALVES -, "... o Pacto de São José da Costa Rica, **além de não poder** contrapor-se ao disposto no artigo 5º, LXVII, da (...) Constituição, **não derogou**, por ser norma infraconstitucional **geral**, as normas infraconstitucionais **especiais** sobre prisão civil do depositário infiel" (grifei).

**Sendo assim**, tendo em consideração os **precedentes** firmados pelo Supremo Tribunal Federal, **conheço** do presente recurso extraordinário, **para dar-lhe** provimento (CPC, art. 557, § 1º - A), **em ordem a desconstituir** o acórdão recorrido, **determinando que conste**, do mandado a que se refere o art. 904 do CPC, **c/c** o art. 4º do DL 911/69, **a cominação de prisão civil**, caso a parte recorrida, **sem** justa causa, **deixe de entregar**, em vinte e quatro (24) horas, o bem alienado fiduciariamente em garantia **ou** o valor equivalente em dinheiro, **mantidos** os encargos financeiros decorrentes da sucumbência, **nos termos** da sentença proferida pelo magistrado de **primeira instância**.

**Ressalvo**, no entanto, **quanto aos encargos resultantes da sucumbência**, a hipótese de ser, a parte vencida, **eventual beneficiária** da gratuidade, **caso em que lhe será aplicável** a cláusula de exoneração prevista na Lei nº 1.060/50 (art. 3º), **observando-se**, no que couber, a norma inscrita **no art. 12** desse **mesmo** diploma legislativo, **cujas incidências** foi reputada compatível com o que dispõe o art. 5º, LXXIV, da Constituição da República (**RE 184.841/DF**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE).

Publique-se.

A Emenda 45 à Constituição, datada de 08 de dezembro de 2004 e publicada no dia 31 do mesmo mês e ano, acrescentou, porém, ao elenco dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º) um novo parágrafo (3º), a dar um novo tratamento aos tratados internacionais sobre direitos humanos (*Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais*).

Consagrou, assim, a nossa Carta Magna a doutrina de direito internacional, sustentada pelo nosso atual Ministro na Corte da Haia, Antonio Augusto Cançado Trindade, de que os tratados de direitos humanos merecem uma posição superior aos outros, equiparando-se às emendas constitucionais. Resta saber como deveriam ser considerados os tratados de direitos humanos ratificados antes daquela emenda, aprovados através de quorum simples e votação em único turno.

A Suprema Corte encontrou a solução, antes aventada pelo Ministro Gilmar Mendes, doutrinariamente, exposta no Curso de Direito Constitucional escrito de parceria com Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (São Paulo, Saraiva, 2007). Com efeito, na obra citada está escrito que

é mais consistente a interpretação que atribui a característica de *supralegalidade* aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de *supralegalidade*. (p. 665).

A fundamentar seu entendimento o Ministro Gilmar Mendes destacou que, no direito comparado, encontramos essa mesma qualificação expressamente consagrada na Constituição da Alemanha (art. 25), na Constituição da França de 1958 (art. 55) e pela Constituição da Grécia (art. 28), bem assim que, no Reino Unido, o Parlamento já não mais se mostra um soberano absoluto. “O *European Communities Act*, de 1972, atribui ao direito comunitário hierarquia superior em face de leis formais aprovadas pelo Parlamento”, acrescenta, e, finalmente, argumentou com o nosso Direito Tributário, em cujo art. 98 do CTN se consagra a prevalência do direito internacional sobre o direito interno infraconstitucional.



Finalmente, informa que esse entendimento acabou prevalecendo no Plenário da Suprema Corte, nos julgamentos dos REs 466.343 e 349.703, concluídos em 03 de dezembro de 2008. O primeiro destes acórdãos, ambos unânicos, de que foi relator o Ministro Cesar Peluso porta ementa do seguinte teor:

Prisão civil. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentação da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos (*Pacto de San José da Costa Rica*). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

O acórdão seguinte, de que foi relator o Ministro Gilmar Mendes, autor do voto condutor, contém na sua ementa a reafirmação do *status normativo supralegal* dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna no RE 349.703, e, no que interessa especificamente ao tema, é deste teor:

PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (arts. 7º, 7), ambos do ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status normativo supralegal* dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002).



Diante dessa bela construção de nossa Corte Constitucional não se pode ter nenhuma dúvida de que os tratados a dispor sobre direitos humanos prevalecem sobre a lei ordinária e, dentre eles, sobrepõe a Convenção da ONU sobre os direitos da criança de 1989. Quanto à Convenção da Haia, qual seria seu *status*? Parece-nos que, apesar de conter algumas disposições de direitos humanos, em especial, no que tange às exceções à imediata determinação de repatriação da criança, a convenção é uma convenção de direito internacional privado, ou mais propriamente um ato internacional de cooperação processual. Dai sua colocação no nível da legislação ordinária.

Por último, informamos que esta Convenção quanto a sua constitucionalidade, nos seus aspectos fundamentais, está, no momento, sujeita à apreciação do Supremo Tribunal Federal, em ADI de nº 4245, proposta pelo Partido Político Democratas - DEM, sob os fundamentos de que os arts. 1º, "a", 3º, 7º, *caput* e alínea "f", 11, 12, 13, "b", 15, 16, 17, 18 e 21 conflitam com o preceituado nos arts. 1º, III, 2º, 5º, XXXV, XXXVI, LIV e LV, 37, *caput*, 105, I, i, e 227 todos da Constituição Federal, com pedido de declaração parcial de inconstitucionalidade da Convenção da Haia de 1980.

A inicial, com pedido de liminar para a suspensão de todos procedimentos em curso no País, deu ingresso no STF no dia 27 de maio último e a ação foi distribuída ao Ministro Joaquim Barbosa, que considerando a relevância da matéria adotou o rito do art. 12 da Lei 9.868/1999

(Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação).

Aguardemos, na expectativa de que venha com brevidade, a última palavra sobre o tormentoso problema da aplicação da Convenção da Haia de 1980 no Brasil, proferida pela autoridade maior da Corte Suprema do País.